

---

## L'avocat dans la création du droit Réflexion à partir de l'exemple du Cameroun

*The lawyer in the creation of law. Reflection from the example of Cameroon*

Jacques Cyrille Armand Nganba

---



### Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/add/1957>

DOI : 10.4000/add.1957

ISSN : 2606-1988

### Éditeur

Presses universitaires de Rouen et du Havre

### Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2020

Pagination : 167-187

ISBN : 979-10-240-1442-5

ISSN : 1955-0855

### Référence électronique

Jacques Cyrille Armand Nganba, « L'avocat dans la création du droit  
Réflexion à partir de l'exemple du Cameroun », *Les Annales de droit* [En ligne], 14 | 2020, mis en ligne le  
01 juin 2021, consulté le 02 juin 2021. URL : <http://journals.openedition.org/add/1957> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/add.1957>

---

Ce document a été généré automatiquement le 2 juin 2021.

Presses universitaires de Rouen et du Havre

---

# L'avocat dans la création du droit

## Réflexion à partir de l'exemple du Cameroun

*The lawyer in the creation of law. Reflection from the example of Cameroon*

Jacques Cyrille Armand Nganba

---

- 1 Il peut paraître prétentieux de rapprocher profession d'avocat et création du droit. Cela surprend au premier abord, car même l'admission du juge comme créateur des règles juridiques n'a pas encore fini de faire débat<sup>1</sup>. Sous ce prisme, la présente étude pourrait apparaître comme une plaisanterie, un amalgame pouvant déboucher sur l'idée selon laquelle tout le monde serait créateur du droit. En réalité, le sujet est plus sérieux qu'il n'y paraît. Le droit étant inhérent à l'organisation sociale, sa production fait intervenir divers acteurs.
- 2 Au-delà de l'impossible définition alléguée par certains auteurs<sup>2</sup>, il est admis que le droit est l'ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports individuels et collectifs, dont le respect est assuré par l'autorité publique au moyen de la contrainte étatique. S'il est vrai qu'*ubi societas ibi jus*<sup>3</sup>, il s'ensuit nécessairement que la création du droit n'est pas un phénomène hasardeux, mais un processus qui retrace l'ensemble des mécanismes par lesquels une règle accède à l'existence juridique.
- 3 Dans son sens positiviste, la création du droit se résume à l'ensemble des autorités habilitées et des procédures suivies pour faire accéder une règle à la juridicité. Cette conception se fonde sur la volonté souveraine de l'État comme créatrice du droit, car pour créer le droit, il faut avoir le pouvoir d'imposer sa volonté aux citoyens. Mais, aussi « pure » qu'elle puisse se revendiquer, cette approche n'est pas moins partielle, puisqu'elle ne prend pas en compte « tous les éléments ou agents contribuant à la germination du droit<sup>4</sup> ».
- 4 Dans une approche plus « génétique<sup>5</sup> », celle des « forces créatrices<sup>6</sup> », la création du droit prend en compte les causes historiques, économiques, morales et politiques ainsi que l'ensemble des acteurs qui interviennent dans la production normative.

- 5 Cette diversité d'approches permet de distinguer les sources formelles et les sources réelles du droit. Mais au-delà de cette distinction doctrinale, il est évident que la Constitution organise les divers modes de création du droit. Ainsi, la loi dans son sens de « règle posée » fait figure de source principale du droit, en tant qu'elle est l'émanation du pouvoir législatif et des organes administratifs de l'État. Elle prend donc place au rang des sources dites formelles du droit. En plus de la loi, on admet comme source du droit la coutume et, sans faire l'unanimité, la jurisprudence et la doctrine. La coutume s'entend d'un « usage qui émane lentement de la conscience populaire et qui, considéré comme obligatoire, deviendra règle de droit<sup>7</sup> ». Il s'agit d'une « règle de droit d'origine non étatique que la collectivité a fait sienne par habitude dans la conviction de son caractère contraignant<sup>8</sup> ». Ici, la norme juridique est l'émanation de la conscience populaire sans l'intervention des institutions étatiques. À titre d'illustration, on évoquera avec aise la pratique de la dote<sup>9</sup> comme préalable à la célébration du mariage civil au Cameroun. Si aucune disposition légale ne fixe la dote comme condition de validité du mariage, l'on constate néanmoins qu'elle s'est imposée dans les mentalités et est appliquée comme une règle impérative. Ainsi, le législateur n'est intervenu que pour en interdire les abus<sup>10</sup>.
- 6 Quant à la jurisprudence, et bien que son admission comme source du droit soit discutée, elle s'entend dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique comme « l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit notamment dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure ou dans la création du droit quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut<sup>11</sup> ». Le droit apparaît dans cette hypothèse comme l'émanation des décisions de justice. Pour ce qui est de la doctrine, elle est « l'opinion communément professée par ceux qui enseignent le droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le droit<sup>12</sup> ».
- 7 Toutes ces sources font intervenir divers acteurs dans la création de la norme juridique : le législateur, la collectivité nationale, le juge et les auteurs savants. L'avocat pour sa part est un auxiliaire de justice dont le rôle traditionnel est la défense des intérêts des personnes en justice. Cette mission classique s'est élargie au fil du temps de sorte que de nos jours, non seulement l'avocat assiste et représente les parties en justice, mais il intervient également dans les procédures extrajudiciaires et parfois même en l'absence de tout contentieux ou pour prévenir celui-ci. À ce propos, l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat au Cameroun dispose :
- La profession d'avocat est une profession libérale qui consiste, contre rémunération, à (1) assister et représenter les parties en justice, postuler, conclure et plaider, donner des consultations juridiques ; (2) poursuivre l'exécution des décisions de justice, notamment engager et suivre toute procédure extrajudiciaire, recevoir les paiements et donner quittance, accomplir aux lieu et place d'une des parties des actes de procédure.
- 8 À l'analyse, on pourrait résumer la mission de l'avocat à celle d'un mandataire<sup>13</sup> ou encore d'un prestataire de services. Dans ce cadre, il est astreint au respect scrupuleux des lois et règlements en vigueur et en sollicite l'application au bénéfice de son client. Mais il participe également à la création d'un ensemble de règles. C'est le cas lors de la rédaction des actes tels que les statuts des sociétés ou des associations, les contrats, etc. Ces règles peuvent être considérées comme des règles de droit à caractère infra-étatique<sup>14</sup>.

- 9 En ce qui concerne le droit étatique, la Constitution organise généralement, bien que de manière sommaire la production normative. L'on peut utilement se demander si l'avocat y joue un rôle, et dans l'affirmative, quelle pourrait être la place de ce dernier dans le processus de création du droit. L'avocat peut-il à quelques égards être considéré comme créateur des règles de droit ? Son rôle se limite-t-il à la stricte recherche de l'application du droit positif ou intervient-il dans la création de la norme ?
- 10 Cette réflexion n'est pas sans intérêt ; au contraire elle est utile à plus d'un titre. D'abord, l'admission de l'avocat comme créateur de la norme juridique pourrait constituer une remise en cause de la théorie classique des sources du droit. De même, la sécurité juridique s'en trouverait menacée s'il était admis que chaque avocat puisse, à sa guise, créer des règles ayant vocation à s'appliquer.
- 11 L'examen approfondi des missions dévolues à l'avocat, au regard des textes organiques et de la pratique professionnelle, révèle que ce dernier est un acteur essentiel dans la création prétorienne (1) et législative (2) du droit.

## 1. L'avocat, acteur dans la création prétorienne du droit

- 12 Dans un État moderne, le rôle de la justice en tant qu'institution est de dire le droit<sup>15</sup>, c'est-à-dire de trancher les différends qui opposent les citoyens entre eux ou ceux qui les opposent à l'État, par application des règles de droit. Sans ressusciter le vieux débat sur l'étendue des missions assignées à la justice, il est établi que le rôle du juge s'est considérablement accru au cours des dernières décennies, dépassant désormais la simple application de la règle de droit. En effet, l'accomplissement de sa mission classique a donné naissance à un droit prétorien, c'est-à-dire à des règles de droit de création jurisprudentielle (1.1) ; et l'avocat qui est un acteur essentiel de la vie judiciaire joue un rôle majeur dans la création des règles prétoriennes (1.2).

### 1.1. L'existence d'un droit prétorien

- 13 Par droit prétorien, l'on désigne l'ensemble des règles de droit qui émanent des cours et tribunaux. *De facto*, il existe des règles positives qui ont été érigées par les décisions de justice et non par le législateur. Cela permet de conclure à l'existence d'un droit prétorien et à la reconnaissance de la jurisprudence comme source créatrice du droit (1.1.1). Cependant, contrairement aux idées reçues, le droit prétorien n'est pas uniquement l'œuvre des juges, mais davantage celle de l'institution judiciaire dans son ensemble (1.1.2).

#### 1.1.1. La reconnaissance de la jurisprudence comme source créatrice du droit

- 14 En droit privé comme en droit public, les décisions de justice ne sont plus uniquement de simples vecteurs d'application des règles positives, mais elles revêtent parfois un caractère normatif.
- 15 L'objection régulièrement faite au pouvoir normatif de la jurisprudence est nourrie par les dispositions de l'article 5 du Code civil<sup>16</sup> aux termes desquelles « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cette position du législateur, qui est restée constante depuis 1804, traduit l'idée selon laquelle les juges ne doivent pas créer des règles de portée générale

devant régir la vie en société. Cette prohibition des « arrêts de règlement » permet de dire que le juge ne détient aucun pouvoir normatif, rôle réservé aux organes législatifs et administratifs.

- 16 Cette disposition du Code civil tire son origine de la Révolution française et s'inscrit dans le prolongement du principe de la séparation des pouvoirs systématisé par John Locke<sup>17</sup>. Ainsi, pour assurer une meilleure organisation sociale, « aucun (pouvoir) ne doit franchir ses limites<sup>18</sup> », d'où l'interdiction faite au juge de s'ériger en législateur.
- 17 Cependant, dans l'exercice de ses missions, le juge se heurte quelques fois à une « crise législative<sup>19</sup> » qui se révèle par l'inadaptation de certaines règles aux faits qu'elles régissent, l'obsolescence, l'obscurité et même le silence de la loi. Cette crise est bien réelle, même si certains auteurs tentent de la minimiser.
- 18 La difficulté du juge est exacerbée par l'obligation qui lui est faite de statuer même en cas de silence de la loi. C'est l'exigence que pose l'article 4 du Code civil en énonçant : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Cette disposition qui contraint le juge à statuer même lorsque la loi est muette sur une question donnée enferme le juge dans un labyrinthe dont il ne pourra se sortir que par des prouesses prétoriennes.
- 19 La solution jadis proposée pour résoudre cette difficulté fut la mise en place d'une procédure de référé législatif<sup>20</sup> qui a très vite été abandonnée. C'est ainsi que les juges ont appris à suppléer les faiblesses de la loi à tel point que l'on assiste aujourd'hui à la création de règles prétoriennes pouvant s'appliquer à plus d'une espèce.
- 20 L'une des caractéristiques de la règle de droit est sa généralité. Pour l'appliquer aux cas particuliers, le juge a parfois besoin de l'interpréter. Dans ce cas, on parle de jurisprudence *secundum legem* parce qu'elle seconde la loi en précisant le sens des textes généraux. Par la définition des concepts, les juges peuvent aboutir à de véritables créations normatives. Ainsi, l'interprétation est créatrice du droit dans la mesure où c'est elle qui donne un sens à la règle de droit, précise les contours des principes, limite l'application des principes à certaines hypothèses en créant des exceptions, etc. À titre d'illustration, lorsque le législateur camerounais a recours à l'expression « bon père de famille<sup>21</sup> » pour qualifier les soins qu'un locataire doit apporter aux lieux loués, il ne précise pas l'étendue des obligations qui rentrent dans cette qualification. C'est également le cas de la notion pénale d'outrage à la pudeur<sup>22</sup> et bien d'autres que l'on retrouve dans le Code pénal camerounais. Dans tous ces cas, la tâche revient au juge qui, à l'occasion d'un procès, doit préciser les contours de chacun de ces concepts.
- 21 Au-delà de l'interprétation issue des décisions de justice, les juges interprètent également les règles de droit dans le cadre des avis émis en l'absence de tout litige. C'est une pratique courante à la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). En effet, aux termes de l'article 14 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires :

La Cour commune de justice et d'arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions. La Cour peut être consultée par tout État partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales...

- 22 Bien que consultatifs, ces avis ont le mérite de préciser le contenu des textes communautaires.
- 23 Pour limiter la tendance normative de la jurisprudence, le législateur a parfois recours aux lois interprétatives ou procède à la définition des concepts. Cependant, les définitions légales qui épousent la généralité de la règle de droit ne sauraient saisir toutes les hypothèses pratiques. Le juge conserve donc son rôle d'interprétation de la règle de droit.
- 24 En plus de l'interprétation, il existe des situations où le juge doit combler un vide législatif, on parle alors de jurisprudence *praeter legem*, puisqu'elle « s'établit, à défaut de texte, dans le silence de la loi, pour combler une lacune de la loi écrite<sup>23</sup> ». En effet, lorsque le législateur n'a rien prévu sur une question donnée et que le juge doit trancher un litige concernant cette matière, son obligation de statuer le contraint à combler cette insuffisance en créant la règle applicable. Le juge ne crée cependant pas *ex nihilo*, il aura recours tantôt aux principes généraux du droit, à la coutume, ou aux textes juridiques régissant les situations voisines et parfois même au droit comparé. Cette suppléance passe également par l'adaptation de la loi à l'évolution des mœurs, car « il faut que la loi, grâce à la jurisprudence, s'adapte aux progrès des temps et à l'évolution historique elle-même<sup>24</sup> ».
- 25 Il est cependant à noter que la jurisprudence à valeur contraignante est construite par les arrêts de principe des juridictions suprêmes, sous réserve d'éventuels revirements. Lorsque celles-ci adoptent une position sur une question de droit donnée, les juridictions inférieures ont l'obligation de s'aligner sur ladite position<sup>25</sup>.
- 26 Moins probable est l'hypothèse d'une jurisprudence *contra legem*, c'est-à-dire celle dont la teneur serait contraire aux dispositions légales en vigueur. Même lorsqu'un texte tombe en désuétude, une telle solution heurterait gravement les principes fondamentaux de notre système juridique.
- 27 Dans les systèmes de la *common law*, la normativité de la jurisprudence est beaucoup plus appuyée, étant entendu que ce système n'est pas fondamentalement d'essence textuelle. Dans ce contexte, c'est la force des précédents qui crée le droit. C'est la règle du *stare decisis*<sup>26</sup> qui postule que les décisions des juridictions supérieures font jurisprudence et les principes généraux qui y sont dégagés sont des règles prétorienne obligatoires pour les juridictions inférieures. Il est vrai que cette règle n'est pas appliquée dans toute sa rigueur, en raison de divers assouplissements, mais il est constant que dans la *common law*, elle joue un rôle fondamental dans le système juridique.
- 28 Le droit administratif, quant à lui, tout au moins celui issu de la tradition juridique française, est essentiellement de création jurisprudentielle. De grands arrêts français<sup>27</sup> ont forgé le contenu du droit administratif actuel. De même au Cameroun, la jurisprudence administrative a forgé les principes fondamentaux du droit administratif<sup>28</sup>.

### 1.1.2. Le droit prétorien : droit du juge ou de l'institution judiciaire ?

- 29 Selon une idée communément admise, le droit prétorien, mieux la jurisprudence, est le droit du juge, entendu comme magistrat du siège qui tranche les litiges opposant les citoyens entre eux, ou ceux dans lesquels l'État est partie. Cette conception suppose que les règles jurisprudentielles sont une création du juge seul et se justifie par le fait que

ce dernier est le dépositaire de l'imperium dont il se sert pour rendre des décisions ayant vocation à s'imposer aux parties en procès.

- 30 On parle de droit du juge parce qu'il s'agit des règles élaborées dans le cadre des décisions de justice et qui ont vocation à s'appliquer à diverses espèces. Ainsi, l'interprétation des règles existantes et les solutions nouvelles qui ressortent des décisions de justice sont des options que le juge arrête de sa seule autorité, étant entendu qu'il statue d'après la loi et son intime conviction.
- 31 Il est sans conteste que la mission du juge est de rendre la justice par application du droit, et qu'au cours de sa mission, il est appelé à suppléer le vide et l'obscurité de la loi. Cependant, la justice est rendue dans le cadre d'un procès faisant intervenir plusieurs acteurs aux principaux rangs desquels se trouve l'avocat. Ces acteurs concourent tous au rendu de la justice, de sorte que la décision qui est prise n'est que le fruit d'une riche collaboration entre tous les acteurs de la justice.
- 32 À titre d'illustration, dans un procès, les parties apportent les faits, les avocats donnent à ces faits une coloration juridique et le juge, en considérant la loi et son intime conviction, adopte la solution finale. Mais l'intime conviction du juge ne naît pas *ex nihilo*, elle est parfois la conséquence des développements juridiques que lui proposent les avocats ou les parties elles-mêmes.
- 33 Cette synergie d'actions exige que l'on parle, s'agissant de la jurisprudence, non pas du droit du juge, mais plutôt du droit de l'institution judiciaire ; d'un droit « débattu » entre les différents acteurs de la chaîne judiciaire. Cette concertation, bien qu'elle ne soit pas unanime, est utile au rendu de la décision finale. En fait, le juge n'est que le symbole, mieux, le porte-parole de l'institution judiciaire. Ainsi, les solutions nouvelles décidées dans le cadre d'un procès et même le sens donné aux textes de droit sont généralement le fruit de diverses contributions dont le juge en assure la synthèse. C'est sans doute en référence à tous les autres acteurs du secteur judiciaire et au-delà que François Gény parlait en son temps de « tous ceux qui contribuent à l'élaboration de la jurisprudence<sup>29</sup> ».
- 34 Cette notion de droit de l'institution judiciaire pourrait également se concevoir en partant de la théorie des pouvoirs de l'État. En effet, il est traditionnellement admis que trois pouvoirs cohabitent à l'intérieur d'un État : le législatif qui édicte des lois, l'exécutif qui exécute les lois et le judiciaire qui sanctionne la violation de la loi. On constate que chacun de ces pouvoirs édicte des règles qui s'imposent aux citoyens, car la capacité de donner des injonctions est inhérente à la notion de pouvoir. C'est ainsi que l'exécutif prend des règlements, le législatif adopte les lois et le judiciaire rend les décisions de justice. Ces décisions de justice, surtout celles qui contiennent l'énoncé des principes, sont de ce fait les règles édictées par le pouvoir judiciaire. En effet, on ne saurait parler de droit du juge, pas plus que du droit du président de la République, mais bien du droit de l'institution judiciaire.
- 35 Vu sous cet angle, l'on peut utilement s'interroger sur le rôle de l'avocat, acteur du système judiciaire, dans la création du droit prétorien.

## 1.2. Le rôle essentiel de l'avocat dans la création prétorienne du droit

- 36 Il est admis que le droit prétorien ou droit de l'institution judiciaire est essentiellement composé de règles interprétatives et supplétives en cas de silence de la loi. Dans le processus de création de la norme jurisprudentielle, l'avocat intervient au moins à deux niveaux : d'abord en proposant l'interprétation des règles légales (1.2.1), ensuite, en suggérant des règles supplétives le cas échéant (1.2.2).

### 1.2.1. La proposition des règles interprétatives par l'avocat

- 37 Dans la pensée commune, le rôle de l'avocat se limite à conseiller et défendre son client dans le cadre d'un procès et parfois en dehors ; l'avocat est donc considéré comme un professionnel ne lésinant pas sur les moyens toutes les fois que les intérêts de son client sont menacés. En effet, dans cette conception, il est difficile pour l'avocat de sacrifier la défense de son client dont il perçoit les honoraires, pour œuvrer pour le triomphe du droit.
- 38 Cette conception du rôle de l'avocat est parcellaire, car lorsque l'on examine avec soin les valeurs du serment<sup>30</sup> qu'il prête, il est facile de se rendre compte que ce serment « n'est plus le serment d'un auxiliaire de justice, mais celui d'un chevalier du droit et de la justice dont les fonctions sont d'abord de défendre et de protéger l'homme dans tous les aspects de sa vie<sup>31</sup>... » Dans cette posture de défenseur de l'homme et de la dignité humaine, l'avocat est appelé à proposer au juge une interprétation législative qui va dans le sens de la plus grande protection possible.
- 39 En effet, à l'occasion d'une plaidoirie ou d'un mémoire, non seulement l'avocat présente les faits qui opposent les parties en procès, mais encore, en tant que praticien du droit, il donne à ces faits une qualification juridique et les met en relation avec les textes qui les régissent. Ainsi, l'article 53 (2) de la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun pose comme exigence : « le mémoire ampliatif, dûment timbré par feuillet, doit articuler et développer les moyens de droit invoqués à l'appui du pourvoi ». Il s'agit d'une obligation faite au demandeur au pourvoi de développer, non seulement, les faits de l'espèce, mais surtout, les textes au soutien de son pourvoi. Il est clair qu'en faisant de tels développements, l'avocat – la constitution d'un avocat étant obligatoire devant la Cour suprême – fait œuvre d'interprétation de la loi.
- 40 En réalité, l'avocat suggère généralement au juge le sens à donner à un texte obscur, et c'est parfois au terme d'une confrontation d'arguments entre plusieurs avocats qu'apparaît la solution adoptée par le juge. Il est également courant que le juge statue par adoption des motifs que lui suggère un avocat.
- 41 À partir de cet instant, la maxime *jura novit curia*<sup>32</sup> est à relativiser, étant entendu que les plaideurs n'apportent plus uniquement les faits, mais également proposent une interprétation de la loi, et dans certains cas, la loi leur fait obligation d'articuler et de développer leurs prétentions.
- 42 L'avocat contribue également à l'interprétation des règles de droit à travers le mécanisme de l'*amicus curiae* qui est un « mécanisme procédural par lequel un tribunal invite ou autorise une personne ou une entité à participer à une instance existante entre les parties afin qu'elle lui fournisse des informations susceptibles d'éclairer son



raisonnement<sup>33</sup> ». Au Cameroun, la loi portant organisation de la profession d'avocat autorise un avocat à se constituer *amicus curiae*, et dans certains systèmes comme le Canada, on parle, s'agissant d'un *amicus curiae*, de « *barister who assists the court during the course of hearing, usually at the court request*<sup>34</sup> ».

- 43 Par le biais de cette technique, le juge peut faire appel à un avocat expérimenté afin de recueillir son opinion sur un point de droit complexe. Tel a notamment été le cas le 1<sup>er</sup> juillet 2015 où, à la demande du président du Conseil constitutionnel de la République française et conformément à la législation en vigueur, maître Marc-Antoine Ledieu, avocat à la Cour, a déposé un mémoire d'*amicus curiae* sur les « métadonnées », loi relative aux renseignements, en ses articles L. 851-1 à 851-6 du Code français de la sécurité intérieure.
- 44 En donnant ainsi son expertise sur des questions de droit complexes, l'avocat participe, non seulement au rendu de la justice, mais également à l'interprétation de la règle de droit, et partant, à la création prétorienne du droit. Il arrive même qu'en donnant ainsi son avis, l'avocat propose des règles supplétives en cas de silence de la loi.

### 1.2.2. La proposition de règles supplétives par l'avocat

- 45 Il est sans conteste que la mission de l'avocat consiste à défendre les intérêts de son client. À ce titre, l'avocat est au fait de la législation qui devrait régir la situation de son client. C'est à l'occasion de sa défense que l'avocat, le premier, constate l'absence de législation ou alors l'inapplicabilité de la législation existante à une situation particulière.
- 46 Face à un tel constat, et compte tenu de l'impératif de défense de son client, l'avocat se trouve obligé d'examiner l'ensemble du droit positif, de procéder au raisonnement par analogie ou a contrario, de tenir compte de la nécessaire protection de la dignité humaine et des principes généraux du droit pour proposer des règles ayant vocation à s'appliquer.
- 47 Ainsi, l'avocat suggère au juge une démarche et un raisonnement permettant la création de règles supplétives en cas de silence de la loi sur une question donnée, et en attendant que le législateur légifère sur ce point. Par sa diligence et son analyse juridique approfondie, l'avocat éclaire le juge quant aux principes juridiques auxquels le tribunal peut avoir recours pour trancher une espèce. On peut donc dire que l'avocat provoque des précédents que l'application transforme progressivement en jurisprudence.
- 48 De ce qui précède, il ressort que l'avocat est un acteur essentiel dans la création prétorienne du droit, car il propose non seulement des interprétations de la loi en cas d'obscurité de celle-ci, mais également, il suggère des règles supplétives le cas échéant. Mais cette contribution ne se limite pas au droit de création jurisprudentielle, l'avocat inspire de plus en plus la règle légale.

## 2. L'avocat, acteur dans la création législative du droit

- 49 Partant de la théorie de la séparation des pouvoirs, il apparaît que la mission d'élaborer et d'adopter les lois incombe au pouvoir législatif exercé par le Parlement. Il s'agit d'un principe de démocratie appliqué dans la quasi-totalité des États, quoiqu'à des degrés différents. Les lois sont votées au sein d'un Parlement constitué de représentants élus.

Au Cameroun, par exemple, seuls les députés et sénateurs ont compétence pour adopter des lois<sup>35</sup>. Cependant, le processus d'élaboration et d'adoption de la loi fait intervenir plusieurs acteurs et l'avocat, qui est un acteur majeur de l'État de droit, y occupe une place importante. En tant que professionnel du droit, il intervient tantôt de manière active (2.1), tantôt en proposant simplement des évolutions souhaitables de la norme (2.2).

## 2.1. Le rôle actif de l'avocat dans la création législative du droit

- 50 L'avocat intervient parfois dans la conception à titre principal des avant-projets de loi (2.1.1) ou lorsque le Barreau est consulté pour donner son avis sur une réforme législative envisagée (2.1.2).

### 2.1.1. La conception des avant-projets de loi

- 51 Dans de nombreux États, l'initiative des lois appartient concurremment au gouvernement et aux parlementaires. Le premier l'exerce en soumettant des projets de loi pour examen et adoption au Parlement, alors que les derniers y soumettent plutôt des propositions de loi. Il est vrai que c'est après l'adoption par le Parlement et la promulgation par le chef de l'État que la loi acquiert son caractère contraignant. À ce titre, on peut dire que c'est le législateur qui procède à la création de la règle de droit, sous réserve de la compétence reconnue à l'exécutif de prendre des règlements.
- 52 Cependant, dans le processus qui conduit à l'existence juridique de la norme, plusieurs acteurs y apportent leurs contributions. Parfois, pour l'élaboration d'un avant-projet de loi, le gouvernement a recours à l'expertise privée, notamment à un ou plusieurs cabinets d'avocats. Dans ce cas, et au-delà des orientations générales, la tâche revient aux avocats ainsi sollicités, de formuler les règles devant régir le domaine considéré. Dans ce cas, l'avocat dont la mission générale est de défendre la dignité humaine, définira toutes les options permettant d'atteindre ce résultat, à savoir, la plus haute protection des citoyens. Il est clair que le sort de ces propositions dépendra des correctifs éventuels des pouvoirs publics, ainsi que du vote du Parlement, mais il n'est pas impossible que les options définies par l'avocat soient adoptées au bout du processus. On dit dans ce cas que l'avocat a inspiré la règle de droit.
- 53 Cette pratique s'observe dans de nombreux pays où des avocats rédigent des avant-projets de loi ou d'amendement<sup>36</sup>. C'est ce qui a fait dire que « les gros cabinets de conseil français ou internationaux participent désormais au processus décisionnel public à titre d'experts<sup>37</sup> » à tel point que l'on parle déjà de « l'émergence de multinationales du conseil ». En effet, les avocats sont de cette façon associés au processus de création de la norme, ils ne sont donc plus de simples auxiliaires de justice dont le rôle est de défendre les intérêts privés.
- 54 En 2012, la Ligue de football professionnel du Cameroun a confié à un cabinet d'avocats camerounais la rédaction d'un avant-projet de loi sur le mécénat, pour transmission au ministère de Tutelle (ministère des Sports et de l'Éducation physique). Cet exemple illustre le rôle important que l'avocat, qui n'est plus simplement cantonné à la défense en justice, est parfois appelé à jouer dans le processus de germination de la norme juridique.

- 55 D'autre part, l'Ordre des avocats peut prendre l'initiative de rédiger un avant-projet de texte ou un amendement pour le soumettre au gouvernement en vue de sa présentation au Parlement. Cela est généralement le cas en ce qui concerne les lois touchant à l'organisation de la profession d'avocat. Dans ce sens, on peut citer la proposition de modification de la loi n° 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat, formulée par le Conseil de l'Ordre des avocats au Barreau du Cameroun en sa session du 27 juillet 2002 et transmise au ministère de la Justice pour suite à donner.
- 56 Même lorsque l'avocat ne participe pas à la rédaction du projet de loi, il arrive que l'Ordre des avocats soit consulté et associé à la finalisation des textes avant leur transmission au Parlement.

### 2.1.2. La consultation de l'Ordre des avocats en vue de l'adoption d'une loi

- 57 Il s'agit de la situation où l'avocat n'a pas conçu le texte en débat, mais est consulté pour son perfectionnement. En effet, dans les pays modernes, l'Ordre des avocats est un acteur de premier rang de la société civile. C'est un acteur dont la voix compte dans le débat public. Certes, aucune loi ne fait obligation au gouvernement de consulter le Barreau avant l'adoption d'une loi. Cependant, il est de pratique courante que les gouvernants consultent divers acteurs pour se prémunir contre l'impopularité des mesures envisagées. Dans ce cadre, l'organisation professionnelle des avocats est sollicitée pour son expertise et sa maîtrise des besoins des citoyens. Par cette consultation, on reconnaît aux avocats, non plus simplement un rôle de conseil des intérêts privés, mais un rôle fondamental dans la création des règles ayant vocation à régir la société. Cette intégration dans le processus de création de la norme permet à l'avocat de l'incliner dans le sens des idéaux de justice et d'équité qui fondent le serment qu'il prête.
- 58 À titre d'illustration<sup>38</sup>, on observera que le Barreau du Cameroun a été représenté par les conseillers Charles Tchoungang et Sylvestre Mben à l'atelier de validation de l'avant-projet de loi sur les violences faites aux femmes qui s'est tenu les 28 et 29 avril 2004. Au cours de cet atelier, une contribution écrite du Barreau du Cameroun a été remise au ministre de la Condition féminine, exposant les réserves et suggestions des avocats sur la loi en préparation. De même le 21 juin 2004, l'Ordre des avocats a été représenté par maître Sylvestre Mben, membre du Conseil de l'Ordre, durant une réunion au ministère des Finances et du Budget dont l'objet était l'examen du projet de loi portant sur la création de la Caisse des Dépôts et consignation. Au cours de cette autre réunion, le Barreau du Cameroun a formulé un ensemble d'observations allant dans le sens d'une meilleure écriture de la loi en projet.
- 59 On peut toutefois déplorer qu'une telle consultation ne soit pas systématique dans le cadre du débat législatif au Cameroun, et parfois, même lorsque l'Ordre des avocats est consulté, les pouvoirs publics lui impartissent des délais très brefs<sup>39</sup> pour faire ses observations. Cela ne favorise pas un travail sérieux et crédible. En effet, l'Ordre des avocats devrait systématiquement être consulté, surtout lorsqu'il s'agit des lois relatives à l'organisation et aux procédures judiciaires et celles relatives aux droits de l'homme et libertés publiques.
- 60 Quelquefois, même sans avoir été officiellement consulté, le Barreau peut décider de s'inviter au débat et faire des propositions relatives à un projet de loi en débat. Cela

peut permettre aux avocats d'apporter leurs contributions dans la formulation de la règle de droit<sup>40</sup>.

- 61 Au-delà de la formulation des textes, on constate que les avocats, dans de nombreux pays, siègent déjà au Parlement<sup>41</sup> où ils peuvent par leurs votes influencer l'adoption d'une loi. Que ce soit à l'Assemblée nationale ou au Sénat, les avocats enrichissent le débat parlementaire par leur expérience professionnelle. De même, par le mécanisme du *lobbying*, les cabinets d'avocats et certains barreaux arrivent à orienter certaines réformes.
- 62 En clair, même si ce n'est pas l'avocat qui décide de l'adoption de la règle de droit, son rôle n'est pas moins important dans le processus de création de la norme. Et même lorsqu'il n'y intervient pas de manière active, il inspire et éclaire les décideurs quant à l'évolution souhaitable du droit.

## 2.2. Contribution par proposition des réformes de la norme

- 63 On pourrait objecter que proposer une évolution souhaitable ce n'est pas créer la norme. Cela est vrai, car pour créer une règle de droit, il faut avoir l'autorité nécessaire, et l'avocat n'est pas investi d'un pouvoir créateur. Cependant, la création d'une règle de droit naît d'une idée, d'une proposition, qui, bien élaborée, prend la forme d'un projet de texte dont l'adoption par l'autorité compétente en fait une norme à valeur contraignante. Cela signifie que la proposition est une contribution essentielle dans le processus de création de la norme juridique.
- 64 En Afrique, de nombreux auteurs s'accordent pour dénoncer l'inadaptation<sup>42</sup>, l'obsolescence et parfois l'insuffisance des textes juridiques. Ces auteurs formulent des propositions concrètes qui parfois éclairent les juges, et dans certains cas, sont consacrées par le législateur. L'avocat intervient dans ce cadre, parce qu'investi de l'autorité et l'expertise nécessaire pour faire de telles propositions (2.2.1) et dans la pratique, on constate que l'avocat assume de manière concrète cette mission de prospective juridique (2.2.2).

### 2.2.1. L'expertise et l'autorité de l'avocat pour une meilleure prospective juridique

- 65 En tant que praticien, l'avocat est un expert de la règle de droit. Il l'étudie principalement pour en tirer le meilleur profit dans la protection des intérêts de son client. Ainsi, il acquiert une connaissance fine des textes juridiques au point d'en suggérer l'interprétation au juge. Contrairement au théoricien, il maîtrise non seulement la loi dans sa généralité, mais encore les applications pratiques auxquelles celle-ci est susceptible de conduire. L'avocat a donc toute l'expertise nécessaire pour relever les limites et les insuffisances d'une loi.
- 66 D'un autre côté, l'avocat connaît ses clients dans leurs préoccupations, aspirations et difficultés quotidiennes. Vu sous cet angle, il connaît mieux dans quel sens il faut orienter une loi en cas de modification, pour qu'elle soit bénéfique aux individus et qu'elle serve au mieux l'intérêt général. L'avocat se retrouve donc au cœur du débat social. D'une part, parce qu'il connaît les projets de la société, car sa profession l'oblige à en être informé ; d'autre part, parce qu'il connaît les préoccupations de son client. Il devrait donc jouer un rôle important, celui de concilier les intérêts de toutes les parties prenantes, dans le cadre d'une proposition qui satisfera les intérêts de tous et

sauegardera la cohésion nationale, même en dehors du cadre contentieux. On pourrait donc dire, avec maître Bénédicte Bury :

L'avocat connaît le droit et aussi son client, son activité, ses besoins d'acteur économique, consommateur, producteur, distributeur, si bien que nul n'est mieux placé que lui pour imaginer et expliquer quelle est l'évolution souhaitable de la norme et la manière de la bien concevoir pour qu'elle puisse s'appliquer dans la durée, tout en ayant ancré en lui qu'elle satisfasse la poursuite de l'intérêt général<sup>43</sup>.

- 67 En effet, la finalité sociale, même secondaire, de la règle de droit exige qu'elle recherche le bien-être des individus. L'avocat réunit toutes les compétences lui permettant de formuler des propositions pertinentes en vue de l'évolution positive du droit.
- 68 En réalité, les avocats ne se contentent plus simplement de défendre les intérêts particuliers de leurs clients, ils prennent une part active dans le débat social en formulant des propositions concrètes pour l'évolution du droit.

### 2.2.2. L'évidence du travail de prospective juridique de l'avocat

- 69 On pourrait définir la prospective juridique comme une activité consistant à identifier les insuffisances et les imperfections d'un texte de loi pour mener à temps et en marge de toute réforme, des recherches approfondies devant déboucher sur des propositions concrètes.
- 70 De nos jours, les avocats interviennent de manière évidente dans ce travail qui depuis longtemps était mené par les seuls enseignants de droit. L'avocat, même sans être enseignant de droit, y intervient au moins de deux manières : sa plaidoirie et ses publications juridiques.
- 71 Tout d'abord, la plaidoirie est pour l'avocat l'un des principaux cadres de son exercice professionnel. Dans sa conception courante, la plaidoirie consiste en un exposé oral devant le juge chargé de statuer sur une cause et qui consiste à expliquer les faits et soutenir les droits et prétentions de son client. Une telle définition fixe le champ d'intervention de l'avocat. Son rôle en plaidoirie se limiterait donc à convaincre le juge du bien-fondé des prétentions de son client. Vu sous cet angle, l'avocat serait un serviteur de la loi qu'il doit interpréter et invoquer pour la défense des intérêts spécifiques. Cependant, si l'avocat lors de sa plaidoirie cherche avant tout à défendre son client, c'est précisément à l'occasion de cet exercice professionnel qu'il peut relever non seulement la fraude aux droits de son client, mais également, et s'il y a lieu, l'insuffisante protection qu'une loi réserve à une catégorie de justiciables. À ce moment, il pourra par exemple susciter le débat entre la loi nationale et les instruments internationaux relatifs notamment aux droits de l'homme et émettre le souhait de voir le législateur national consacrer ces propositions dans son corpus juridique<sup>44</sup>.
- 72 En effet, les propositions de politique législative que l'avocat formule à l'occasion de sa plaidoirie sont fondées sur les principes généraux du droit et le nécessaire respect des droits de l'homme. Elles s'adressent certes au juge qui est le récepteur direct, mais davantage au peuple au nom de qui la justice est rendue et les lois votées. Elles s'adressent également aux pouvoirs publics représentés par le parquet qui agit sous l'autorité du ministère en charge de la Justice. Ainsi, le parquet ne doit pas seulement avoir pour mission de soutenir l'accusation et de « signaler » à la tutelle les dossiers sensibles, il devrait également recenser toutes les difficultés d'application d'un texte,

les propositions de politique législative formulées et les mettre à la disposition de sa hiérarchie, le ministre de la Justice. Il fera ainsi œuvre utile et, aucune loi ne le lui interdisant, cela ne traduirait aucune ingérence du judiciaire sur le législatif. Même si tous les parquets ne peuvent pas se prêter à un tel travail, cela peut au moins être assuré par les parquets généraux près les Cours d'appel et le parquet général près la Cour suprême.

- 73 Outre la plaidoirie, l'avocat contribue de plus en plus à la réflexion grâce aux publications juridiques. En effet, du fait de son expérience pratique, le travail doctrinal de l'avocat permet d'éclairer les concepts théoriques et relever les limites et insuffisances de la règle de droit pour aboutir à des propositions de modification législative. Cela est d'autant plus vrai que de nombreux avocats cumulent une riche expérience de théoricien du droit. Il n'est plus rare de rencontrer un avocat qui soit en même temps docteur en droit, agrégé des facultés de droit ou simplement enseignant en droit. Cette double expérience est de plus en plus mise à contribution en vue de l'évolution de la règle de droit. En effet, de nombreux ouvrages sont écrits par les avocats dans le but d'enrichir le débat législatif et favoriser l'amélioration de la qualité du droit.
- 74 En Afrique tout particulièrement, il est nécessaire que les avocats redécouvrent leur rôle d'acteurs de l'État de droit pour s'affranchir du juridisme de mauvais aloi et s'imposer de façon utile dans le débat législatif, sans toutefois abandonner les prétoires.
- 75 De ce qui précède, il apparaît que la création du droit est un phénomène qui fait intervenir divers acteurs. Ainsi, l'idée d'un « créateur unique, inconditionné et d'un droit "pur" rationnellement produit dans le cadre net d'une procédure stricte, logique, très régulière, largement hors du champ social<sup>45</sup>... » doit définitivement être abandonnée. En effet, dans le cadre et au-delà de la défense des intérêts privés, l'avocat apporte une précieuse contribution dans le processus de création du droit. En tant que gardien du respect de la règle de droit, l'avocat prête son concours à l'interprétation du droit positif et à l'adoption des règles supplétives par le juge. En tant qu'acteur important de l'État de droit, il prend part au débat législatif. À ce titre, il peut relever les limites et les insuffisances de la norme et proposer les réformes nécessaires pour son évolution.
- 76 Ce rôle que l'on doit reconnaître à l'avocat ne remet pas fondamentalement en cause la théorie générale des sources du droit, car l'écrit de l'avocat n'est pas en lui-même une source d'inscription du droit, mais plutôt une source d'inspiration non négligeable, que ce soit du droit prétorien ou même de la loi. Ainsi, le débat sur les sources du droit s'en trouve enrichi.
- 77 Il est donc souhaitable que les avocats, surtout dans le contexte africain, redécouvrent et assument pleinement cette fonction. Cela permettra de s'affranchir du juridisme dont le but est parfois de gagner à tout prix un procès, pour désormais s'imposer dans le débat législatif et jurisprudentiel, et travailler ainsi à l'édification d'un véritable État de droit.

## NOTES

1. Sur ce débat, voir Frédéric Zenati, « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », RTD civ. 1992, p. 359 ; Guy Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », Arch. phil. dr. 2007, t. L, p. 9-31 ; Jean-Louis Bergel, « Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques », RRJ 1994-4 ; Pâquerette Girard, « L'évolution du rôle des juges », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 361-371 ; Jean Gatsi, « La jurisprudence, source du droit OHADA », RID comp. 2012, vol. 64, p. 477-500.
2. En 1787 déjà, Emmanuel Kant constatait que « les jurisconsultes cherchent encore une définition pour leur concept du droit » (*Critique de la raison pure*, dans *Œuvres philosophiques*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1980, t. I, p. 1311, cité par Simone Goyard-Fabre, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, 2002, p. 10). À une époque plus récente, Herbert Hart a attesté de la complexité intrinsèque et dialectique du phénomène juridique, rendu particulièrement malléable par sa texture ouverte. Lire à ce sujet : Herbert Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit* [1961], Bruxelles, PUSL, 1976, p. 160-161. Pour sa part, le doyen Vedel qualifie le concept « droit » d'indéfinissable (« Définir le droit », *Droits*, n° XI, 1990, p. 67-71).
3. Adage juridique latin que l'on traduit en français par : « où il y a une société, il y a le droit. » Il signifie que le droit est inhérent à l'organisation sociale et est un élément essentiel permettant d'appréhender la vie commune en société.
4. Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2011, p. 825.
5. Bernard Cubertafond, *La création du droit*, Paris, Ellipses, 1999, p. 5 et suiv. Cet auteur oppose deux approches de la création du droit : celle dite positiviste qui limite la création de la norme juridique aux sources formelles, et celle, dite génétique, qui est une approche causale et transversale, reconnaissant l'apport d'autres acteurs dans le processus de création du droit.
6. Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1955.
7. Victor Emmanuel Bokalli, « La coutume, source de droit au Cameroun », *Revue générale de droit*, vol. 28, n° 1, 1997, p. 39.
8. Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 280. Sur la coutume comme source du droit, lire également : Célestin Sietchouadjutchoko, « Du nouveau pour la coutume en droit positif camerounais : la constitutionnalisation de la coutume et ses conséquences », *Revue juridique Thémis*, n° 34, 2000, p. 131-157 ; François Anoukaha et Stanislas Melone, « Le Code civil contre la coutume : la fin d'une suprématie. À propos des effets patrimoniaux du mariage », *Revue camerounaise de droit*, 1972, p. 12 ; Lisette Elomo Ntonga et Siméon Ombiono, *Tendances jurisprudentielles et doctrinales des droits des personnes et de la famille de l'ex-Cameroun oriental*, Université de Yaoundé, 1990, p. 4-20.
9. Sur cette question, Siméon Ombiono, « Le mariage coutumier dans le droit positif camerounais », *Penant*, 1989, p. 32 et suiv.
10. Le législateur camerounais, sans réglementer cette pratique, l'a encadrée en érigeant l'exigence abusive de la dote au rang d'infraction pénale (C. pén., art. 357).
11. Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 587 ; cette conception de la jurisprudence se retrouve dans les écrits de Frédéric Zenati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.
12. Gérard Cornu, *op. cit.*, p. 360 ; Philippe Malaurie, « Rapport français sur la doctrine », *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges. Journées italiennes de Florence*, Paris, Economica, 1982, p. 89.
13. Jean-Marie Burguburu (dir.), « L'activité de l'Avocat mandataire en transactions : le mandat en transactions immobilières », *Les cahiers du Conseil national des barreaux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, octobre 2014, p. 11 et suiv. Dans cet article, l'auteur affirme que « l'avocat, professionnel du droit, est le mandataire naturel qui accompagne ses clients dans tous les actes de la vie civile ».

14. Certains auteurs refusent à cette catégorie de règles le statut juridique. Pour la doctrine moniste, elles ne prennent le caractère juridique que si elles sont reconnues par le droit étatique. Sur cette controverse, voir Jacques Chevallier, « Souveraineté et droit », *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, LGDJ, 2006, p. 206 et suiv.
15. Lire à ce sujet : François Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, tout spécialement, la section consacrée au rôle du juge, p. 103 et suiv.
16. Le Code civil camerounais est une version du Code civil français tel qu'appliqué au 1<sup>er</sup> janvier 1960, année de l'indépendance du Cameroun, qui jadis était sous tutelle des Nations Unies assurée par la France. Depuis lors, ce texte n'a connu quasiment aucune modification, et le projet de réforme amorcé depuis les années 90 est toujours en cours.
17. Le principe de la séparation des pouvoirs a été théorisé par John Locke, dans son « Second Traité du gouvernement civil » de 1690 puis repris par Montesquieu dans son ouvrage *De l'esprit des lois*. Ce principe postule que les trois fonctions principales de l'État à savoir l'exécutif, le législatif et le judiciaire doivent être exercées par un organe différent.
18. Jean-Étienne-Marie Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 77.
19. Cette crise législative se manifeste différemment selon les contextes. Dans les pays européens notamment en France, la crise de la loi est caractérisée par une inflation de la production législative. C'est ce que montre Pierre Albertini dans *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, Paris, LexisNexis, 2015. En Afrique et au Cameroun particulièrement, se pose le problème de la pénurie de lois avec ses corollaires que sont l'inadaptation et la obsolescence des normes. Plusieurs auteurs dénoncent ce phénomène sous l'appellation de l'insécurité juridique. Pour Félix Onana Etoundi, s'agissant de la situation d'avant la mise en place de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), « l'insécurité juridique s'explique notamment par l'obsolescence des textes juridiques hérités du législateur colonial et toujours en vigueur pour la plupart, bien que ne correspondant plus à l'expérience d'harmonisation des lois en Afrique » (« Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, p. 17).
20. La technique du référé législatif était composée de deux éléments : d'une part, l'interdiction faite au juge de procéder à une activité d'interprétation de la loi ; d'autre part, l'obligation de se référer au législateur toutes les fois que le juge croit nécessaire d'interpréter une loi ou d'en faire une nouvelle.
21. Cette notion a disparu en droit français. Dans un premier temps, une loi de 1982 a remplacé l'obligation de jouir des locaux en bon père de famille en celle d'user paisiblement de la chose louée. En 2014, l'Assemblée nationale a décidé de supprimer l'expression « bon père de famille » du droit français, en la remplaçant par le terme raisonnable. Mais en droit OHADA par exemple, cette expression est encore en vigueur, notamment à travers l'art. 101 de l'acte uniforme OHADA portant droit commercial général qui prévoit que le preneur d'un bail à usage professionnel doit jouir des locaux en bon père de famille.
22. L'art. 295 du Code pénal camerounais dispose ; « 1) Est puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de 10 000 à 100 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement celui qui, même dans un lieu privé, commet un outrage à la pudeur en présence d'une personne de l'un ou l'autre sexe non consentante. » Dans cet énoncé, le législateur ne prend pas le soin de définir ce qu'est un outrage à la pudeur, alors même que s'agissant d'une infraction, tous les éléments constitutifs doivent être déterminés.
23. Gérard Cornu, *op. cit.*
24. Raymond Saleilles, note sous arrêt Tefaine, Cass. civ., 16 juin 1896, D. 1897. 1. 433.
25. L'art. 35(i) de la loi n° 2006/016 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun érige le non-respect de la jurisprudence de la Cour suprême statuant en sections réunies d'une chambre ou en chambres réunies en un cas d'ouverture à pourvoi.



26. Expression d'origine latine qui littéralement signifie « rester sur la décision ». Ce principe veut que le juge utilise un même raisonnement que celui utilisé antérieurement pour des faits similaires. Voir Thomas Burns, *The Doctrine of Stare Decisis*, 1893, thèse, Ithaca, Historical Cornell Law School, « Historical Theses and Dissertations ».

27. Parmi ces grands arrêts, on peut citer l'arrêt Blanco, par lequel le Tribunal des conflits a consacré le 8 février 1873 en droit administratif français le principe de la responsabilité de l'État à raison des dommages causés par des services publics et la compétence de la juridiction administrative pour en connaître. Voir Philippe Cossalter, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », mémoire de DEA, université de Paris II, [http://www.cossalter.net/cossalter/docs/memoire\\_DEA\\_GAJA\\_cossalter.pdf](http://www.cossalter.net/cossalter/docs/memoire_DEA_GAJA_cossalter.pdf). On cite également l'arrêt Nicolo par lequel le Conseil d'État a décidé de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations d'un traité, même lorsque la loi est postérieure à l'acte international en cause, abandonnant ainsi la théorie de la loi-écran. On citera également l'arrêt bac d'Eloka qui a consacré en droit administratif français la notion de service public administratif et commercial. Voir Sandrine Garceries, *L'élaboration d'une notion juridique de service public industriel et commercial*, thèse, université de Cergy-Pontoise, février 2010.

28. Au Cameroun, plusieurs arrêts célèbres ont consacré les principes essentiels du droit administratif. En guise d'illustration, on peut citer l'arrêt Abraham Mve Ndonga par lequel la Cour fédérale de justice, définissant les éléments constitutifs de voie de fait administrative, a considéré « des actes tellement irréguliers qu'ils perdent le caractère administratif » et qui sont « manifestement insusceptibles d'être rattachés à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration ». Voir François-Xavier Mbouyom, *Recueil des grands arrêts de la jurisprudence administrative de la Cour fédérale de justice*, Yaoundé, SODEAM, 1971, p. 110.

29. François Gény, *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Syrey, 1922, p. 73.

30. Au Cameroun, le serment que prête l'avocat est le suivant « Je jure comme avocat d'exercer mes fonctions de défense et de conseil en toute indépendance avec dignité, conscience, probité et humanité conformément aux règles de ma profession et dans le respect des cours et tribunaux et des lois de la République », ce serment est prévu à l'art. 15 de la loi n° 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat.

31. Patrick Michaud, « Le serment de Badinter : un socle pour notre développement économique », <https://www.labase-lextenso.fr/gazette-du-palais/GP20060905001>.

32. Principe fondamental de procédure civile qui postule que le juge est autonome dans la recherche du droit applicable à une espèce, les parties se limitant à exposer les faits. Voir Laurent Pennec, *L'adage « jura novit curia » dans le procès civil, émergence et évolution contemporaine*, thèse, université de Toulon, 2010.

33. Séverine Menetrey, *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural ?*, Paris, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2010, p. II.

34. Thomson Carswell, *The Dictionary of Canadian Law*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough, Carswell, 2004.

35. On n'oublie pas l'hypothèse des ordonnances que peut prendre le président de la République dans le domaine de la loi, sur autorisation du Parlement et conformément à l'art. 28 de la Constitution du Cameroun.

36. À ce sujet, maître Michel Guenaire, avocat associé chez Gide-Loyrette-Nouel faisait la confession suivante : « Mon cabinet a sans doute acquis sa notoriété durant le premier septennat de François Mitterrand. Jean Loyrette, l'un des trois fondateurs, a commencé à préparer un certain nombre d'amendements pour les députés de droite... » Propos rapportés par Mathilde Goanec, « Quand les avocats d'affaires écrivent les lois », *Le Monde diplomatique*, n° 706, janvier 2013, p. 21.

37. *Ibid.*, p. 20-21. Dans cet article, l'auteure constate qu'« outre le conseil technique ou stratégique, les ministères peuvent aussi appeler des cabinets d'avocats à la rescousse lors de la préparation de projets de loi ».

38. *Le Bulletin du bâtonnier*, janvier-août 2004, p. 20-21.

39. Le 22 juin 2016, le ministre camerounais de la Justice affirmait lors des questions orales à l'Assemblée nationale : « Le 21 novembre 2011, le vice-premier ministre, alors ministre de la Justice, a saisi l'Ordre des avocats dans le cadre du projet de loi portant Code pénal. Ces derniers étaient appelés à apporter des observations sur le document au plus tard le 28 novembre de la même année » (*La Nouvelle Expression*, 23 juin 2016).

40. Le 13 juin 2016, le gouvernement camerounais a présenté un projet de réforme du Code pénal. Réagissant à cette actualité, le Bâtonnier de l'Ordre des avocats au Barreau du Cameroun a estimé que le Barreau n'avait pas été associé à la conception d'un texte aussi important et a convoqué une session extraordinaire du Conseil de l'ordre pour définir la position du Barreau en rapport avec le texte en débat au Parlement. À l'issue de cette session, le Conseil de l'ordre des avocats a adopté un mémorandum contenant diverses propositions relatives au texte en débat, lequel a été transmis au ministre de la Justice, au président de l'Assemblée nationale ainsi qu'au président du Sénat.

41. Cette tendance s'observe en France depuis des années et est rapportée par Laurent Willemez, « La "République des Avocats". 1848 : Le mythe, le modèle et son endossement », dans Michel Offerle, *La profession politique*, Paris, Belin, 1999, p. 201-229. Au Cameroun, la dynamique est moins affirmée, mais l'on note néanmoins quelques avocats parlementaires.

42. Vincent Zakane, « Problématique de l'effectivité du droit de l'environnement en Afrique : cas du Burkina Faso », dans Laurent Granier (dir.), *Aspects contemporains du droit de l'environnement en Afrique de l'Ouest et Centrale*, Gland, UICN, 2008, p. 25. Dans cet article, l'auteur présente l'inadaptation des lois comme une cause essentielle de l'ineffectivité de la règle de droit. Lire également Josette Nguebou Toukam, « Les universitaires et l'émergence du droit camerounais », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 527 et suiv.

43. Bénédicte Bury, « Quel est le rôle de l'avocat dans la création de la norme par le politique ? », <https://benedictebury.fr/wp-content/uploads/2018/07/Quel-est-le-role-de-l-avocat-dans-la-creation-de-la-norme-par-le-politique.pdf>.

44. À titre d'illustration, le Code civil consacre une inégalité entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, alors même que la Convention internationale sur les droits de l'enfant ratifiée par le Cameroun ne prévoit guère pareille inégalité. Dans les palais de justice, plusieurs plaidoiries appellent chaque jour à internaliser cette convention. Malheureusement, certains juges préfèrent encore appliquer la loi nationale, bien qu'elle soit contraire à la Convention qui a pourtant valeur *supra* légale.

45. Bernard Cubertafond, *op. cit.*, p. 117.

## RÉSUMÉS

La création du droit est un processus qui fait intervenir divers acteurs et l'avocat y apporte une contribution précieuse dans le cadre de son exercice professionnel. En tant que gardien du respect de la règle de droit, il prête son concours à l'interprétation du droit positif et à l'adoption des règles supplétives par le juge. En tant qu'acteur de l'État de droit, il prend part au débat législatif et à ce titre, il relève les limites et les insuffisances de la norme et propose les réformes

nécessaires pour son amélioration. Dans ce sens l'avocat, sans abandonner les prétoires, participe de manière efficace à la germination et à la création de la règle de droit.

Law making is a process which involves several actors. And, as a guardian ensuring respect for rule of law, the lawyer, in the course of his professional duties, makes valuable contributions to this process. In fact, he assists in the interpretation of positive and the adoption of default rules by the judge. As a rule-of-law actor, he participates in legislative debates and therefore identifies the limits and inadequacies of the norm and suggest a path of reforms that are necessary for its improvement. In this sense, without abandoning the courts, the lawyer effectively participates in the creation of the rule of law.

## INDEX

**Mots-clés** : avocat, création, droit

**Keywords** : lawyer, law making

## AUTEUR

**JACQUES CYRILLE ARMAND NGANBA**

Avocat au Barreau du Cameroun